Grado en : Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2017-2018
Convocatoria: Septiembre

# La Reproducción Asistida en España y la determinación de la filiación. Destacada mención a la gestación subrogada.

Assisted Reproduction in Spain
and the determination of filiation.
Mention of surrogate pregnancy.

Realizado por la alumna Dña. María José Robles Cabrera.

Tutorizado por la Profesora Dña. Diria Luz Morales Casañas.
Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.
Área de conocimiento: Derecho Civil

## ABSTRACT

This research is about the analysis on the current regulation in Spain, in our legal system in asisted reproduction, being able to affect the determination of filiation. It seems to be also relevant to study the current situation on surrogacy, nowadays prohibited but generating controversy even in political offers.

In the same research we also have a comment about the medicine limit, the collision between the rights and the integrity of the persons.

Finally, not to have the only vision of our juridical classification we will treat community and, not community systems, valuing the different forms to regulate the same problem.

## RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

En este trabajo se realiza un análisis acerca de la legislación actual en España, nuestro ordenamiento jurídico; en materia de reproducción asistida, y como su uso puede inferir en la determinación de la filiación. En este mismo sentido será de interés la situación actual de la gestación subrogada, que a pesar de estar actualmente prohibida por ley, genera una gran controversia jurídica, llegando incluso a ser objeto de propuestas políticas en estos últimos tiempos.

Dentro del mismo trabajo incluiremos también cierta mención a los límites de la medicina, el momento en que colisionan los derechos y la integridad de las personas. Finalmente; para no tener la única visión de nuestro ordenamiento jurídico trataremos legislación al respecto tanto de países comunitarios, como de los extracomunitarios, valorando las diferentes formas en las que un mismo problema se regula.

**ÍNDICE**

Introducción:

1. Regulación en España:

1.1.La determinación de la filiación en España……..5

1.1.1.Matrimonial……7

1.1.2. No matrimonial……..11

1.1.3. Cuando la fecundación es mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida:……12

a) El consentimiento……15

b) Cuestiones que se plantean en la inscripción en el Registro Civil…..18

i-Inseminación artificial con esperma del cónyuge…….18

ii-Inseminación artificial de mujer casada con esperma u óvulo de donante anónimo……..18

iii-Inseminación artificial de pareja no casada con esperma u óvulo propio……..…19

iv-Inseminación artificial homóloga después del matrimonio…19

c) Mujer soltera que se queda embarazada por medio de las técnicas de reproducción asistida……..21

1.2. Regulación en materia de reproducción asistida en España…….……..22

1.2.1. Protección de datos y trazabilidad de los mismos……..25

2. Gestación subrogada :

2.1. Introducción a la gestación subrogada……27

2.2. Propuestas políticas actuales……..29

2.2.1. Proposición de Ley grupo parlamentario Ciudadanos, 8 de septiembre de 2017……..29

a) Determinación de la filiación por medio de la gestación subrogada..32

b) Registro Nacional de Gestación por Subrogación……..35

c) Registro de la filiación de un nacimiento en el extranjero mediante gestación subrogada……35

2.2.2. Respuestas de otros partidos políticos……..……37

2.3. Regulación en el extranjero……38

2.3.1 Ordenamientos restrictivos……..38

2.3.2 Ordenamientos permisivos de manera altruista…….…….39

2.3.3. Ordenamientos permisivos de manera lucrativa……42

3. Tratamiento jurisprudencial nacional……..…43

4. Conclusiones

Determinación de la filiación mediante T.R.A……..……45

Gestación Subrogada……..……46

5. Bibliografía……48

6. Anexos

Anexo I……..51

Anexo II……52

Anexo III……54

Anexo IV……56

Anexo V……..58

Anexo VI……..60

## INTRODUCCIÓN:

Este trabajo se encuentra dividido en dos grandes bloques de estudio; por un lado, está dedicado a la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en España, en relación con la determinación de la filiación, y por otro lado plantea el problema actual con la gestación subrogada, su regulación más allá de las fronteras de nuestro país, acompañado de comentarios o posibles soluciones para nuestro ordenamiento jurídico.

## 1. REGULACIÓN EN ESPAÑA

### 1.1 Determinación de la filiación en España :

La filiación es el conjunto de circunstancias que determinan a los progenitores de un ser humano; generando una relación jurídica entre padre/madre y sus descendientes. Esto origina lo que conocemos con el nombre de paternidad y maternidad, además debe ser acreditada por su inscripción en el Registro Civil[1], mediante documento público, privado o sentencias que la determinen legalmente o por presunción de maternidad y paternidad incluso por la posesión de estado[2], pero todo esto será objeto de un estudio más extenso a lo largo del trabajo.

En un principio tal derecho a la filiación surgía de la relación sexual entre un hombre y una mujer; originando vida (filiación ex cópula)[3]. La reglamentación jurídica se fundamentaba únicamente en ese hecho natural, sin embargo a día de hoy y con los avances en biomedicina experimentamos a diario el origen de la vida humana mediante técnicas de reproducción asistida, sin que sea necesaria esa relación física de hombre y mujer, por lo que esta idea inicial ha quedado obsoleta, sin representar la realidad de nuestros tiempos, ejemplo de ello es la inseminación artificial.

---

[1] -En adelante R.C.-

[2] Artículo 133 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. -En adelante C.C.-

[3] LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Ley 14/2006, de 26 de mayo), Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 119.

Estos cambios en nuestras vidas implican la necesidad de una modificación jurídica, la regulación y solución de conflictos que a la hora de determinar la filiación podrían manifestarse.

La Ley 11/1981 de 13 de mayo modificó el Código Civil de 1898 en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. La nueva redacción de los artículos 108 al 141 del C.C. tenía una doble finalidad en materia de filiación. Por un lado, adaptar la regulación del C.C. a los principios constitucionales y por otro, introdujo las modificaciones técnicas, de esta forma se cambia la terminología empleada hasta el momento, y así en lugar de hablar de "filiación legítima" y "filiación ilegítima" pasan a dividirse en "filiación matrimonial" y "filiación no matrimonial" de esta manera desaparece el término despectivo de los "hijos ilegítimos".

En cuanto a los regímenes económicos matrimoniales que también se ven afectados; con anterioridad a la reforma el régimen de separación de bienes estaba escasamente regulado en el C.C., incluso recibía cierto trato peyorativo en comparación con el régimen de gananciales. En la actualidad nos encontramos con tres regímenes diferenciados; sociedad de gananciales, separación de bienes y el de participación en las ganancias[4].

Volviendo de nuevo al tema que nos ocupa y centrándonos en lo que es la filiación, y esa distinción que nace a raíz de la modificación del C.C. entre la filiación matrimonial y la no matrimonial. Podemos destacar que dentro de la filiación matrimonial encontramos la filiación por naturaleza o por adopción. Cuando hablamos de filiación por naturaleza nos referimos al parentesco pudiendo ser de afinidad o político; que liga al marido con los parientes de sangre o adoptivos de su mujer. El parentesco adoptivo por otro lado, es aquel que liga a personas entre las que media un

[4] GARCÍA PRESAS, I., *El derecho de la familia en España desde las últimas reformas del Código Civil*, Publicado en *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas Siglo de Oro (e Hispanismo general),* Publicaciones del GRISO/ Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2010, pp. 245-246.

procedimiento de adopción, teniendo los mismos efectos que un parentesco consanguíneo (por naturaleza), así como los vínculos jurídicos.

**1.1.1. Matrimonial:** artículos 115-119 del C.C.

La filiación matrimonial podrá determinarse legalmente de dos formas; mediante inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres o a través de sentencia firme[5]. Además en estos casos tiene cierta relevancia la presunción de la paternidad, en tanto que se tendrán por hijos biológicos del marido los nacidos después del matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal, conforme al artículo 116 del C.C.

Hay supuestos en los que cabe destruir tal presunción de paternidad, como es el caso recogido en el artículo 117 del mismo código, y que se refiere a los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. En este caso, si el padre en cuestión quisiera impugnar tal presunción de paternidad, deberá hacerlo valer presentando declaración auténtica en contrario, en el plazo de seis meses desde el conocimiento del parto. Todo ello siempre y cuando no hubiese un reconocimiento expreso o tácito anterior; por parte del marido, o se demostrara el conocimiento del embarazo antes de la celebración de las nupcias.

En los siguientes artículos[6] se establece que; incluso faltando la presunción de paternidad por separación legal o de hecho, podrá inscribirse en el R.C. como filiación matrimonial, siempre que exista un consentimiento mutuo. Además en caso de que tras el nacimiento del menor los padres decidan contraer matrimonio; de la manera legalmente establecida, la filiación podrá pasar a ser matrimonial. Además, de acuerdo

[5] Entendemos por "sentencia firme": "Sentencia contra la que no cabe interponer recurso alguno, bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado". Conforme al Diccionario Jurídico de la Real Academia Española.

[6] Artículos 118-119 del C.C.

con el artículo 44.5 de la Legislación del Registro Civil[7] se determinará como filiación matrimonial para el caso de una mujer casada con otra mujer.

En relación al momento de la inscripción, la filiación se determina por los apellidos que aparecen en el R.C. y en estos se establecen ambas líneas; paterna y materna. No es hasta finales del año 1999 cuando se modifica la L.R.C., por medio de la Ley 40/1999 de 5 de noviembre sobre nombre y apellidos y orden de los mismos[8], quedando los apellidos paternos sin preferencia[9]. Actualmente serán los progenitores de común acuerdo quienes decidan el orden de los mismos[10], eso sí en caso de que exista un hijo mayor inscrito con los apellidos en un sentido, el resto de sus hermanos deberán seguir el mismo orden; a fin de facilitar la identificación de la familiaridad, pudiendo ser cambiados en un futuro mediante expediente o declaración de voluntad del interesado, siempre cumpliendo los requisitos expresados en la Ley[11]. Sin embargo,

---

[7] -En adelante L.R.C.-

[8] Exposición de motivos: "La regulación existente en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil en materia de orden de inscripción de apellidos ha venido a establecer hasta el momento presente la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de estos será el paterno y materno; se reconoce también la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que haya alcanzado la mayoría de edad. Esta situación, […] es la que se pretende modificar a la luz del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y en atención a distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia. […] Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos […].

[9] *El apellido del padre deja definitivamente de tener preferencia en España desde el próximo 30 de junio.* A 30 de mayo de 2017. Recuperado de www.europapress.es https://goo.gl/B76Zv4

[10] Modifica los artículos 109 del C.C, 54 y 55 de la Ley 8 de junio de 1957 del R.C.

[11] Ley 20/2011 de 21 de julio del R.C.
Artículo 53. Cambio de apellidos mediante declaración de voluntad.
El Encargado puede, mediante declaración de voluntad del interesado, autorizar el cambio de apellidos en los casos siguientes:
1.º La inversión del orden de apellidos.
2.º La anteposición de la preposición «de» al primer apellido que fuera usualmente nombre propio o empezare por tal, así como las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos.
3.º[…]4.º[…]5.º Cuando sobre la base de una filiación rectificada con posterioridad, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieren usando antes de la rectificación. Dicha conservación de apellidos deberá instarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad.
Artículo 54. Cambio de apellidos mediante expediente.
1. El Encargado del Registro puede autorizar el cambio de apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria.
2. Son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos:
a) […]

cabe destacar que existe una última modificación del R.C., la Ley 20/2011 de 21 de julio del R.C., esta diseña un Registro único para toda España, informatizado y accesible de manera electrónica. También suprime las secciones que anteriormente lo dividían "nacimientos, matrimonios, defunciones…", por un registro individual para cada persona. Estos son algunos de los muchos cambios que esta modificación supone, dirigidos a obtener un R.C. actualizado, ya que se encontraba necesitado de reforma.

En caso de no existir un acuerdo para el orden de prelación entre los apellidos, transcurridos tres días el encargado de R.C. será quien tome la decisión atendiendo al interés superior del menor, sin que quepa aplicar la ya extinta preferencia del apellido paterno.

Podemos apreciar los efectos de la aplicación de este cambio en la L.R.C., en favor de la igualdad de género para los apellidos en la sentencia del Tribunal Supremo[12] Sala de lo Civil, nº 76/2015, de 17 de febrero de 2015, número de recurso 2923/2013, que inicia con la pretensión de un padre biológico, separado de la madre del menor para que su apellido conste en el R.C. como el primero de su hijo, y en segundo lugar los de su madre; que aparecen por el momento como primeros y únicos, además solicita determinadas modificaciones en cuanto a la patria potestad, la guarda y custodia, el régimen de visitas y alimentos. En Primera Instancia se dicta una sentencia que posteriormente la madre del menor recurriría en apelación, y finalmente por casación hasta el T.S., este estimó las alegaciones de la representación legal de la madre, en relación con la infracción de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad

[12] -En adelante T.S.-

efectiva de hombres y mujeres, en sus artículos 1 y 4[13], puesto que la representación legal del padre pedía la aplicación de los artículos 53 y siguientes de la Ley del R.C., así como el 194[14] del Reglamento del R.C., sin embargo este último ha sido modificado por el Real Decreto 193/2000 de 11 de febrero, y cabe la aplicación del art. 109 del C.C., para el que ya no hay una preferencia del apellido paterno y menos en este caso, ya que el padre tuvo una actitud de indiferencia desde el nacimiento del menor, incluso conociendo su paternidad, lo cual supuso su renuncia a los derechos en cuanto a los apellidos del menor. Por todo ello su actitud ahora solicitando el cambio de apellidos incurre en abuso de derechos.

Finalmente el T.S., tras el reconocimiento de la filiación paterna, falla a favor de conservar el orden de los apellidos del menor, en atención al interés superior del mismo, por lo que se acuerda que el primer apellido sea el de la madre y el segundo el del padre que ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad.

**1.1.2. No matrimonial:** artículos 120-126 del C.C.

La filiación no matrimonial podrá determinarse en cinco momentos distintos: En el momento de la inscripción del nacimiento mediante la declaración conforme del padre, en el formulario oficial que establece la L.R.C.; por medio del reconocimiento del encargado del Registro, en testamento u otro documento público; por una resolución

---

[13] Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo.
Artículo 1. Objeto de la Ley.
"1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, […] singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para […].
2. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo."
Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.
"La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico […].

[14] "Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera".

en expediente conforme a la L.R.C.; por sentencia firme, o respecto de la madre cuando conste la filiación materna en la inscripción del nacimiento dentro del plazo.

Al contrario de lo que ocurría en la filiación matrimonial donde se establecía una presunción; para la no matrimonial el elemento clave de su validez es el reconocimiento, siendo por lo tanto relevante ciertos requisitos en los casos más especiales; por ejemplo, cuando es prestado por incapaces o aquellos que no pueden contraer matrimonio, en ese caso, se exigirá una aprobación judicial y la audiencia previa del Ministerio Fiscal.

En el caso de que solo uno de los progenitores, de manera individual, reconozca al menor no vinculará al otro progenitor salvo que este se encuentre previamente identificado.

Si el reconocimiento de filiación no matrimonial es de una persona que ya no se encuentra en la minoría de edad será preciso su consentimiento, ya sea expreso o tácito para validarlo, o el de su representante legal en caso de ser un incapaz.

Si los progenitores del menor fueran hermanos o en línea recta de consanguinidad, legalmente solo podrá determinarse la filiación respecto de uno de ellos. Y finalmente el artículo 126 del C.C., entiende posible el reconocimiento del ya fallecido siempre que sus descendientes lo consientan o sus representantes legales.

Cuando hablamos de filiación no matrimonial, entra en juego el papel de la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria[15], en materia de autorización o aprobación judicial de la filiación[16].

Todo el trámite de filiación no matrimonial se va a resolver mediante un expediente del que conocerán los órganos jurisdiccionales[17]. Dado que afectan a los

[15] -En adelante L.J.V.-

[16] Artículos 23-26 de la L.J.V.

[17] Artículo 1.1 de la L.J.V.

derechos de menores serán competencia del Juez[18], que resolverá de acuerdo con el interés superior del menor[19]. Deberán presentar solicitud del expediente instando autorización judicial, ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del reconocido.

### 1.1.3. Cuándo la fecundación es mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida[20]:

En España están permitidas un gran número de prácticas en relación con las T.R.A., a excepción de la gestación subrogada que está prohibida conforme al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo[21], sobre T.R.A.[22] y de lo que ya hablaremos más adelante.

Tampoco se permite en nuestro país la elección del sexo del nacido, de acuerdo al artículo 26.2 c. 10º de la L.T.R.H.A.[23], excepto en casos que se trate de evitar enfermedades genéticas ligadas a los cromosomas[24]. La técnica reproductiva de este tipo más utilizada en España es la **fecundación "in vitro"**, esta técnica consiste en la extracción de óvulos que posteriormente serán fecundados y reimplantados en el útero. Por otro lado tenemos la **inyección intracitoplasmática** de espermatozoides, se trata de un procedimiento más complejo pero similar al anterior, mediante la selección del espermatozoide de mejor calidad.

---

[18] Artículo 2 párrafo final de la L.J.V.

[19] Artículo 26 de la L.J.V.

[20] -En adelante T.R.A.-

[21] -En adelante L.T.R.H.A.-

[22] Artículo 10 de la L.T.R.H.A. Gestación por sustitución.
"1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

[23] Artículo 26.2 .c de la L.T.R.H.A.
"10.ª La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados."

[24]CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado* Volumen II, Editorial Comares, Granada, 2008 p. 389.

Así mismo tenemos **la inseminación artificial**, que consiste en introducir el esperma en el útero de la mujer durante su periodo más fértil, y finalmente la **donación de óvulos** al igual que los donantes de esperma, en ambos casos reciben una compensación económica[25], así se establece en el artículo 5 de la L.T.R.H.A., sin embargo esa compensación económica "nunca tendrá carácter lucrativo o comercial", "sólo podrá compensar […] las molestias físicas y los gastos de desplazamiento […]". Todo esto se encuentra en la actualidad regulado en la L.T.R.H.A., en el apartado 1.2 del trabajo explicaremos su regulación de manera más exhaustiva.

Conforme a lo dispuesto en la L.T.R.H.A., concretamente a su artículo 7.1; "1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.", la redacción del mismo nos remite con carácter general a las leyes civiles para determinar la filiación de los nacidos mediante T.R.A.

El artículo 8 de la L.T.R.H.A. explica que si los progenitores han prestado su consentimiento, no será posible que impugnen la filiación del niño que ha sido fecundado mediante la contribución de donantes, ya sea de óvulos o esperma. Así mismo recuerda que la revelación de la identidad del donante no modifica ni determina la filiación del menor, que seguirá determinada por quienes prestaron su consentimiento formal, y realizaron tales prácticas en un centro o servicio autorizado para las mismas; se trata de una protección al menor, de manera que su filiación tenga unas bases sólidas en el consentimiento de los progenitores, no pudiendo más tarde arrepentirse del mismo hecho, y pretender impugnar la misma por no haberse fecundado de manera "natural" o tener componente genético de un tercero; el/la donante.

[25] *Técnicas de Reproducción Asistida.* www.reproducciónasistida.org https://goo.gl/Gcjisy última visita 20 de mayo.

Volviendo a las legislaciones civiles, que es donde el mismo artículo 7.1 de la L.T.R.H.A nos envía para determinar la filiación, tenemos la particularidad de que nuestro ordenamiento jurídico posee un amplio campo de legislaciones civiles autonómicas, propias de diferentes comunidades; como podría ser la Catalana, Ley 25/2010 de 29 de julio, segundo libro del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Para estos casos será de aplicación sus propias leyes civiles y, con carácter supletorio, cuando la Comunidad Autónoma en cuestión no tenga su propia regulación emplearemos las normas del C.C.

El C.C. regula en su artículo 108[26] la filiación por naturaleza y adopción, ya sea matrimonial o no matrimonial, y para el caso que nos ocupa también para aquellos concebidos mediante el uso de las T.R.A. En cuanto a la filiación matrimonial que deriva de las T.R.A. se determinará en principio por la presunción de paternidad matrimonial, pero; en este caso, el marido que consiente por escrito la aplicación de estas T.R.A. a su esposa en los términos del artículo 6.3 de la L.T.R.H.A.[27] no podrá posteriormente impugnar la paternidad resultante[28].

Ahora bien, cabe destacar que a pesar de que en la filiación derivada de la fecundación asistida se aplican las normas de filiación por naturaleza, el consentimiento tiene un papel realmente importante, y un valor probatorio decisivo para la atribución de la filiación definitiva en sede judicial, concretamente la voluntad de las partes con

---

[26] Artículo 108. C.C.
"La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.
La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código."

[27] Artículo 6.3 de la L.T.R.H.A.
"3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal."

[28] FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida,* Editorial Atelier, Barcelona, 2011, p. 90

respecto al proyecto parental, que se formaliza mediante el consentimiento que se les exige legalmente (Consentimiento Informado), quedando el material genético aportado en un segundo nivel. Es por ello que a continuación vamos a realizar un breve estudio sobre el consentimiento prestado en estas técnicas.

***a) El consentimiento***

**Consentimiento de la receptora[29]**:

La receptora no solo acepta la intervención que se realizará sobre su cuerpo, mediante el uso de las técnicas que permitan ese proceso de embarazo, sino que con éste asume directamente la filiación que resulte del mismo, coincidente con las normas de filiación por naturaleza. En España, algunos autores interpretan la alusión al nacimiento para determinar la filiación no matrimonial del artículo 120.5 L.T.R.H.A.[30] a favor del criterio tradicional de determinación de la maternidad por el hecho del parto. Es el modelo que resulta de la regla especial, que, tras prohibir la maternidad subrogada artículo 10.1 L.T.R.H.A., establece que la maternidad se determinará por el parto, mientras que en otros países como es el caso de Italia o Bélgica el sistema para determinar la filiación se basa más en la voluntad que en la propia realidad biológica.

**Consentimiento del marido:**

En este caso si el marido de la receptora hubiese aportado el material genético (los gametos) o no, sería indiferente siendo considerado el padre del nacido por el juego automático de la presunción de paternidad matrimonial. Esta presunción está basada en la proximidad de la situación con la familia natural, permitiendo considerar la "mentira jurídica" o "ficción tolerada" que constituye la filiación derivada del recurso a la

[29] De acuerdo con el artículo 3.4 y 3.5 de la Ley 14/2006 de T.R.A. es la mujer a quien se aplican las prácticas reproductivas "la mujer receptora de estas técnicas".

[30] Artículo 120.5 de la L.T.R.H.A.
"5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil"

fecundación heteróloga[31]. La presunción no se basa en quien sea de manera efectiva el padre, sino en quien tiene más probabilidad de serlo. Cabe destacar que esta presunción podrá extenderse no solo para el caso de un matrimonio sino para la persona que convive con la receptora.

En relación con el marco legislativo, como todo consentimiento dirigido a autorizar un tratamiento, el consentimiento informado[32] en las T.R.A. presenta un doble contenido, por un lado se compone de la información acerca del propio tratamiento; que se dirige a autorizar una técnica concreta y aquellas accesorias que pueda precisar, y por otro lado, se trata de un consentimiento contractual que;en este caso tiene por objeto la prestación de un servicio, de la misma forma con el consentimiento; como ya hemos visto, se asume la filiación resultante.

Así, de acuerdo con el artículo 5 del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina de 1997[33], que entra en vigor en España el 1 de enero del año 2000 conforme a su mismo artículo 33, se requiere el consentimiento informado para cualquier intervención sobre la salud, pudiendo revocarse en cualquier momento a decisión del paciente (en plenas facultades mentales). En sentido similar encontramos el

---

[31] elderecho.com **Civil, Filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida:** Hay que distinguir entre la fecundación homóloga y la heteróloga. Se habla de fecundación homóloga cuando se emplean gametos masculinos procedentes del marido o, en su caso, del conviviente o del varón que consiente la fecundación y asume así la paternidad. Frente a ello, se habla de fecundación heteróloga cuando se emplean gametos masculinos procedentes de donante.

[32] FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento*…op.cit., "Es un concepto jurídico, de origen jurisprudencial, que se refiere al proceso de formación de la voluntad de un paciente competente y se dirige a la aceptación o al rechazo de un tratamiento determinado, a partir de la información suministrada por el facultativo sobre sus riesgos y beneficios. Su finalidad principal es, por tanto, favorecer la participación del enfermo en el proceso asistencial y promover la corresponsabilidad en la toma de decisiones clínicas. En la práctica, el concepto es el blanco de duras críticas, sobre todo por su indeterminación", p. 76

[33] Artículo 5. del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina de 1997. Regla General
"No podrá llevarse a cabo intervención alguna en una persona -en materia de salud- sin su consentimiento informado y libre. Dicha persona deberá ser informada antes, y de manera adecuada, sobre el objetivo y naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos. Podrá revocar el consentimiento en todo momento y con plena libertad".

artículo 6 de la Declaración Universal de la UNESCO del 19 de Octubre de 2005 sobre Bioética y Derechos Humanos[34].

A modo de especialidad foral; cabe mencionar que Cataluña tiene su propia Ley en relación con la información del paciente, la Ley 21/2000 de 29 de diciembre sobre los derechos de información concerniente a la salud y autonomía del paciente y a la documentación clínica, sin embargo de ella podemos extraer la misma interpretación de las anteriormente mencionadas.

Si queremos analizar el consentimiento informado para el ámbito concreto de las T.R.A. debemos acudir a la Ley 14/2006, preceptos como el artículo 3[35] que exige el consentimiento informado con carácter general, o el artículo 5 que se refiere a los donantes de gametos.

***b) Cuestiones que se plantean en la inscripción en el Registro Civil.***

Volviendo a centrarnos en la determinación de la filiación mediante el uso de las T.R.A., cabe hacer mención a la diferencia más evidente con la filiación matrimonial y no matrimonial que dispone el C.C.; y es que en estos casos el niño/a nace como

---

[34] Artículo 6 de la Declaración Universal de la Unesco sobre Bioética y Derechos Humanos. Consentimiento
1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, […].
2. La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. […].
3. En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deberían sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona.

[35] Artículo 3.4 de la L.T.R.H.A.
"4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación".

resultado de la unión física previa de un hombre y una mujer, esto difiere de lo que ocurre en el uso de las T.R.A.

En este caso vamos a distinguir 4 tipos de filiación[36]:

i-*Inseminación artificial con esperma del cónyuge:*
Este primer caso no plantea dudas, puesto que la gestante es en óvulo propio y los gametos son del marido de manera que la paternidad biológica o genética coincide con la legal, aplicamos por lo tanto los artículos relativos a la filiación matrimonial de los artículos 108, 115 y siguientes del C.C.

*ii-Inseminación artificial de mujer casada con esperma u óvulos de donante anónimo:* En estos casos parece obvio que el origen desconocido de estos elementos que generan finalmente la fecundación pretendida, podrá ocasionar los conflictos. El material genético, ya sea esperma o los óvulos (incluso ambos) no pertenecen de manera biológica a la pareja, por lo tanto estaríamos ante una filiación no matrimonial, por no existir relación o nexo entre el donante y la mujer casada. Como vimos anteriormente cobra una gran importancia el consentimiento para determinar la filiación, por parte del marido; o de la mujer en caso de ser un matrimonio homosexual, en caso de que no exista el consentimiento por parte de la pareja el niño/a resultante de la fecundación será no matrimonial únicamente de la mujer, y la presunción de paternidad quedaría sin efectos "hijo matrimonial aparente". Cuando si exista ese consentimiento por parte tanto de la mujer que se somete a las técnicas como de su pareja serán estos a quienes se atribuya la filiación del menor.

Para este caso en concreto, parece interesante hacer una mención crítica acerca de la determinación de la filiación, mediante el uso de estas técnicas, en caso de tratarse de un matrimonio homosexual formado por dos mujeres. Cierto es que queda recogido en el artículo 7.3 de la L.T.R.H.A., sin embargo no podrá aplicarse para aquellas parejas

[36] LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O., *Comentarios*…op.cit., pp. 111-112

de hecho, con estas características, esta realidad discriminatoria merece una modificación de las L.T.R.H.A. con finalidad incluyente para las parejas de hecho formadas por mujeres, que quieran hacer uso de estas técnicas. Ejemplo de esto es la sentencia del T.S. Sala de lo Civil 997/2011 de 18 de enero de 2012.[37]

*iii-Inseminación artificial de pareja no casada con semen y ovulo propio:*

En este caso a pesar de ser elementos biológicos de la pareja estos no están casados, por lo que hablamos de una filiación no matrimonial, que será determinada por la inscripción en el R.C. en el momento del nacimiento, debe mediar reconocimiento expreso del padre, y de fallecer con anterioridad al mismo cabría determinar la paternidad mediante expediente del R.C. conforme al artículo 49[38] de la L.R.C.

*iv-Inseminación artificial homóloga después del matrimonio:*

El esperma congelado será congelado y sometido a una serie de pruebas, para su posterior uso en la inseminación. Las situaciones que aquí pueden suscitarse son las siguientes.

a. El depositante de esperma pretende su estudio para posteriormente emplearlo en T.R.A. y obtener un hijo.

b. El varón deposita en un banco su esperma con la esperanza de hacer uso del mismo en un futuro, ya sea porque ha decidido hacerse una vasectomía o porque; en caso de fallecer, su esposa quiera tener más descendencia suya.

c. Que la pareja de mutuo acuerdo deposite material genético y un preembrión para utilizarlo en un futuro.

---

[37] En el Anexo I del trabajo encontrarás el comentario referente a esta sentencia.

[38] Artículo 49. de La Ley del R.C.
"El reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial, según dispone dicho Código.
Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, […]".

En relación con este material genético que la pareja remite al banco podrán plantearse numerosos conflictos, y discusión acerca de la titularidad del mismo[39], por ejemplo:

Una pareja que en su momento congeló embriones, posteriormente se divorcian o realizan una separación de hecho o de derecho, cualquiera de ellos podría solicitar el acceso a ese material donado por ambos, en caso de ser el hombre de la pareja parece no plantear problemas respecto a la paternidad, puesto que no solo es el padre biológico, sino que además es la pareja sentimental de la mujer con la que quiere tener descendencia. En el mismo sentido, pero a la inversa ocurrirá en el caso de ser la mujer de la inicial relación quien solicite ese material genético (embrión). Ella tendrá la maternidad ya que no solo engendrará en su vientre al niño, sino que además ese material es en parte suyo. Sin embargo no podemos decir lo mismo respecto de la paternidad, siendo legalmente de su nueva pareja, mientras que el padre biológico es su ex marido y co-titular del material genético.

Para solucionar estos conflictos algo fundamental a tener en cuenta es el artículo 29 del C.C.[40], ya existiendo embrión, podemos decir que hay nasciturus para el derecho; lo que implica que se le tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables. En este sentido, el ex marido con quien realizó la congelación del embrión podrá reconocer mediante documento público la paternidad del niño resultante de la implantación que se realice a su ex mujer con el material genético de ambos. Este documento se realizará tras el nacimiento, cumpliendo con los requisitos debidos para producir efectos; el reconocimiento del menor, en el caso de que el documento del centro donde se produjo la fecundación sea privado se podrá convertir en un documento indubitado, si se produce el fallecimiento del marido tras redactar el escrito de

[39] LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O., *Comentarios*…op.cit., p. 114

[40] Artículo 29 del C.C.
"El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

reconocimiento del menor sería posible inscribir la filiación, mediante el expediente registral conforme al artículo 120.2 C.C.[41].

Otra situación de conflicto que podría plantearse sería la siguiente: Un matrimonio que tras disolverse por causas legales y antes del transcurso de trescientos días[42]; fallecido el marido, la viuda da a luz, entrando en juego la presunción de paternidad del anterior y difunto marido, en tal caso la filiación podrá inscribirse como matrimonial. Además, al coincidir la paternidad inscrita con la biológica no será impugnable. Resulta relevante que en este caso, queda a voluntad de la viuda la inscripción de la paternidad del menor, así como el destino de la herencia de su difundo ex-marido.

***c) Mujer soltera que se queda embarazada por medio de las técnicas de reproducción asistida.***

Es necesario destacar que no es, en absoluto, necesario tener una pareja sentimental para acudir a las T.R.A.; es más, la Sociedad Española de Fertilidad declara que cada año más de 1.500 mujeres solteras hacen uso de estas técnicas para tener descendencia. Hablamos, principalmente de inseminación artificial y fecundación in vitro, empleando esperma procedente de los bancos de donantes anónimos[43].

En el pasado, para determinar la filiación de estos niños, las madres solteras tenían la obligación de inventar un progenitor falso para identificar al menor, fue el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del R.C., aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958, el que eliminó tan absurda

---

[41] Artículo 120.2º del C.C.
"2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público."

[42] Artículo 116 del C.C.

[43] "Quiero ser madre aunque no tengo pareja" 14 de Febrero, 2018 https://goo.gl/zZiFXH . Última visita 30 de agosto 2018.

obligación dispuesta en el artículo 191 del R.C. En la actualidad, un hijo de padre o madre soltera se inscribirá con los dos apellidos del padre o la madre, aunque generalmente, se invierte el orden de los mismos.

En cuanto a la financiación, para el uso de T.R.A. por madres solteras fue excluido de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud en 2014, por la exministra Ana Mato; sin embargo, actualmente se prevé su inclusión para principios de 2019, tras la aprobación del Consejo de Ministros, confirmando las prestaciones para T.R.A. a madres solteras y lesbianas[44].

## 1.2 Regulación en materia de reproducción asistida en España:

Ya hemos visto una breve introducción a las T.R.A. en el primer apartado del trabajo, así como de las técnicas que se llevan a cabo en España, a continuación analizaremos más en profundidad la propia Ley 14/2006, y un breve apunte histórico sobre el origen de las mismas. Las T.R.A. son aquellas que sustituyen una o más fases del proceso de reproducción para lograr vida humana. Es en 1978 cuando nació en Inglaterra el primer bebé concebido "in vitro"[45] (Louis Brown[46]) mediante el cultivo de células reproductivas y la transferencia de cigotos[47] o preembriones[48] al útero.

---

[44] "La reproducción asistida de solteras y lesbianas, financiada en 2019". Viernes 6 de julio de 2018. Recuperado de https://goo.gl/x9GQ91

[45]Artículo 1.2 de la L.T.R.H.A.
" A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".

[46] *Louise Brown, la primera 'niña probeta', da a luz un niño concebido de forma natural*. Londres 16 de enero 2007. Recuperado de https://elpais.com

[47]Dr. RODRÍGUEZ YUNTA, P.E., Revista Chilena de Derecho, "Derechos del cigoto desde una perspectiva biológica y metafísica", Chile, 2001. ¿Qué es el cigoto?: "Desde el proceso de la fecundación, cuando el espermatozoide o célula germinal masculina penetra el óvulo o célula germinal femenina formando la única célula del cigoto"

[48]Conforme al Diccionario Jurídico de la Real Academia Española un preembrión es: "Embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".

Desde un punto de vista jurídico podríamos preguntarnos si existe como tal un derecho a procrear, que convierta estas técnicas; casi, en una herramienta necesaria para el desarrollo de un derecho que nos es propio.

Desde el siglo pasado un gran número de textos jurídicos internacionales[49] han subrayado la importancia de la unidad familiar, y en relación al derecho de fundar una familia el derecho de la reproducción, sin embargo, en ninguno se reconoce explícitamente un "derecho a procrear". De la misma forma se cuestiona la fuerza vinculante del derecho a tener descendencia propia que se proclama en el ordenamiento jurídico internacional. El precepto más invocado para la defensa de este derecho es el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[50], adoptada por la resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

En el art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales[51] firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, se amplía el derecho a fundar una familia que ya recogía el texto de la D.U.D.H., además añade que deberán ejercerse "de acuerdo con las leyes nacionales que gobiernen eu ejercicio", sin que sea posible la intervención del Estado en la vida familiar sin una previa y válida

---

[49] Por ejemplo en el contenido del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional

[50] -En adelante D.U.D.H.-
Artículo 16 "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. […] 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

[51] Artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
"A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

justificación[52], tal y como se enuncia en el artículo 8 del mismo Convenio[53], a modo de protección de la vida familiar y privada.

En 1968 se celebró La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, donde se reconoció la opción reproductiva como un derecho humano, a través de la incorporación de derecho de los padres a "determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos"[54].

Los Estados no solo deben respetar y reconocer el derecho a la planificación familiar sino que además este deber comprende la no injerencia en las decisiones de procreación, así como facilitar el acceso a los métodos anticonceptivos, fomentar la adopción y asegurar unos suficientes servicios sanitarios.

**1.2.1. Protección y trazabilidad[55] de los datos de salud[56]:**

Debemos plantearnos si existe una regulación especial para el tratamiento de los datos que aportan quienes se someten a estas técnicas, y la forma en que deberán manejarse. En estas intervenciones tan delicadas se ven afectos diversos derechos

---

[52] Véase el ejemplo de China; donde la elevada población ha llevado a políticas muy severas en materia de planificación familiar, como la del hijo único (China es el país con más población del mundo 1.331 millones)."De dónde surgió la política de hijo único en China y qué consecuencias ha tenido" 30 de octubre 2015. magnet.xataka.com

[53] Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales:
"Derecho al respeto a la vida privada y familiar
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden [….]"

[54] Así aparece en la Proclamación de Teherán de 13 de mayo de 1968. "Declara solemne que:
16. La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos"

[55] Ley 14/2007 de 3 de Julio de Investigación Biomédica "Trazabilidad: capacidad de asociar un material biológico determinado con información registrada referida a cada paso en la cadena de su obtención, así como a lo largo de todo el proceso de investigación".

[56] Charla en la Facultad de Medicina el 17 de marzo de 2018 sobre *Gestación Subrogada* por el catedrático ROMEO CASABONA, C.M.

fundamentales, como el derecho a la intimidad protegido por el artículo 18 de La Constitución Española[57], esto comporta la necesidad de una regulación más específica. El mismo artículo 18 protege el derecho al honor y obliga a respetar la intimidad en el marco de las relaciones familiares, de él deriva el derecho de la protección de los datos personales. Se trata de un derecho autónomo e independiente.

Entre los datos que hacen referencia a la salud de los pacientes tenemos que hacer dos diferencias; por un lado tenemos los datos genéticos; información hipersensible, pues podría ser usada con fines discriminatorios entre otros, ya que conlleva el conocimiento de información de salud relevante sobre la persona (posibles patologías futuras), por ello merece un cuidado especial. Y, por otra parte tenemos los datos personales, regulado en el Reglamento de la Unión Europea 2016/678 de 27 de 2016[58] relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, y que entró en vigor el 25 de mayo de 2018. En él se expresa que "entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro"[59]. Hasta su entrada en vigor la norma que se encargaba de los mismos era la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal[60].

---

[57] -En adelante C.E.-

[58] Reglamento (U.E.) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

[59] Párrafo 35 del Reglamento Unión Europea 2016/678

[60] Artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. -En adelante L.O.P.D.-
"La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.".

¿Qué implica por lo tanto la protección de los datos de salud? El derecho de todos los pacientes a conocer que sus datos personales se van a recoger para posteriormente registrarse; así como quiénes tendrán acceso a ellos. El movimiento internacional de los datos queda recogido en los artículos 33 y 34 de la L.O.P.D., en ellos se establece una norma general; la movilidad de los datos no podrá ser hacia países donde no se garantice el mismo nivel de protección de estos como lo hace nuestra Ley Orgánica, salvo que lo autorice el Director de la Agencia de Protección de Datos, con las garantías adecuadas. El nivel de protección de estos será evaluado siempre por la Agencia de Protección de Datos. Las excepciones a esto las encontramos en el artículo 34 de la Ley[61].

No será legítima la cesión de datos entre centros sanitarios privados sin el consentimiento previo del particular, además los centros privados solo podrán llevar a cabo tratamientos de los datos de las personas que a ellos acudan como pacientes. El deber de protección de estos datos corresponderá al responsable del fichero donde se almacenen, así como a todos los que intervengan en los mismos o tengan acceso a ellos, incluso cuando la persona haya fallecido la obligación del secreto profesional continua latente. Todas estas responsabilidades no solo afectan al personal sanitario sino a todo aquel que accede a los registros, esto está regulado en la Ley 41/2002 de 14 de

[61] Artículo 34. Excepciones. Ley Orgánica de Protección de datos.
"Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación:
a) Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.
b) Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.
c) Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.
d) Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.
e) Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.
f) Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado […].

noviembre de la autonomía de los pacientes y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, concretamente en sus artículos 2.6, 2.7 y 16.6.[62]

## 2. GESTACIÓN SUBROGADA

### 2.1. Introducción a la gestación subrogada:

De acuerdo con el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española, la gestación subrogada, o gestación por sustitución es un " embarazo mediando un contrato, en virtud del cual la madre gestante"; quien vive el proceso de embarazo en su propio cuerpo, "renuncia a la declaración de maternidad del hijo, en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas (padres comitentes o intencionales)".

Existen distintas formas de llevar a cabo esta práctica, en primer lugar, tenemos los casos en los que son padres genéticos; es decir, los padres que quieren la filiación del menor, los que han prestado su material genético, que ha sido introducido en el útero de la mujer gestante; con la que formalizan el contrato. En segundo lugar, tenemos aquellos casos que solo el padre de la pareja aporta material genético y la propia mujer gestante pone sus óvulos en el proceso. Y finalmente, aquellos en los que un tercero a la relación contractual presta el material genético[63].

---

[62] Ley 41/2002 de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
Artículo 2. Principios básicos
"6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.
7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida."
Artículo 16 Usos de la historia clínica
"6. El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto."

[63] VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo.* Editorial Comares, Granada, 2012, p.13

Al principio de este trabajo mencionamos la realidad de nuestro ordenamiento jurídico en relación a esta técnica reproductiva, que como vimos se encuentra prohibida conforme al artículo 10 de la L.T.R.H.A.. La negativa a regular esta práctica se fundamenta en el principio romano "mater semper certa est"[64], considerando nulo cualquier contrato mediante el cual la mujer se somete a renunciar a su filiación materna. Es aquí donde reside el problema, al tratarse de una técnica prohibida en nuestro país, pero permitida en muchos otros como, Ucrania, Suecia o Rusia, las parejas o mujeres que quieren practicarlo realizan viajes al extranjero, donde llevan a cabo este negocio jurídico y posteriormente vuelven a España con el menor.

El artículo 10.1 de la C.E., sobre la dignidad de la persona, tiene una aplicación controversial para este caso, por un lado; para la postura que se niega a regular estas prácticas entendería, que las mismas no son compatibles con la dignidad humana, vulnerando sus derechos fundamentales y libertades constitucionales, del niño/a y de la madre que se compromete mediante la firma de un contrato, y cumplimenta el mismo con su cuerpo, más concretamente su útero y vientre. Sin embargo, en favor de la regulación de la gestación subrogada podríamos decir que este artículo, 10.1 de la C.E. faculta a las personas a elegir de manera libre y responsable, las opciones vitales más favorables para formar su familia. Desde mi punto de vista, y mi postura a favor de la regulación de la gestación subrogada, entiendo que hay ciertos aspectos que ejemplifican de manera evidente la necesidad de regular esta técnica, o método reproductivo. Cierto es que en ocasiones, como alternativa a esta técnica, se fomenta la adopción, pero la realidad es que para el caso de una mujer o un hombre solteros es realmente complejo lograr un proceso de adopción[65], así mismo las T.R.A. que se ofrecen tampoco cubren la evidente posibilidad de que una pareja formada por dos

[64] En castellano significa "la madre siempre es cierta".

[65] *¿Por qué es tan difícil adoptar en España? Un calvario para padres y niños.* A 13 de mayo de 2018. Recuperado de www.libremercado.com https://goo.gl/qgxDDU

hombres quiera tener descendencia, y en otras ocasiones no son de aplicación pues la salud de la mujer en cuestión no permite su uso, o simplemente fracasan.

## 2.2. Propuestas políticas actuales:

### 2.2.1. Proposición de Ley grupo parlamentario Ciudadanos, 8 de septiembre de 2017

Con esta situación de controversia latente, en nuestro ordenamiento el grupo parlamentario Ciudadanos presenta en el Congreso La Proposición de Ley el 8 de septiembre de 2017, reguladora del derecho a la gestación por subrogación, en cuya exposición de motivos se argumenta la necesidad de que las leyes se adapten y actualicen a la sociedad. Cierto es que las T.R.A. no garantizan la libertad y autonomía reproductiva para los que no son compatibles estas técnicas.

Para hacer frente a la oposición en cuanto a regular esta técnica; Ciudadanos opta por eliminar la posibilidad de lucro en la misma; de esta forma se termina con la fría idea de un contrato de servicios, entre progenitores y madre gestante[66], con el que poder enriquecerse.

Cierto es que otros países ya regulan de esta forma los contratos de gestación subrogada, de manera que el eminente comportamiento altruista necesario supone, que muy posiblemente sería una práctica realizada entre familiares, o amigos; como podría ser el caso de una pareja que no puede tener descendencia, y es la hermana de uno de ellos quien se presta para gestar en su vientre un bebé. Sin embargo, en la proposición del Grupo parlamentario Ciudadanos, encontramos ciertas dificultades a que todo esto pueda cumplirse. En los artículos 4 y 5 se establecen una serie de requisitos, entre los cuales podemos destacar que la mujer gestante deberá tener como mínimo 25 años, deberá haber sido madre con anterioridad y tener una situación económica estable,

[66] Proposición de Ley 8 de septiembre de 2017 *reguladora del derecho a la gestación por subrogación.* Exposición de motivos III. Recuperado de www.congreso.es https://goo.gl/TrebCD . Presentada en el Pleno del Congreso.

además de ser española o tener residencia en España. Podemos entender que el requisitos de ser madre pretende evitar conflictos en el momento de determinar la filiación del menor, como si la realidad de que la gestante ya sea madre, y tenga su propia descendencia, diera certeza alguna de que esta no sentirá vínculo materno con el nuevo nacido, lo cual no parece razonable. A pesar de lo dicho, el requisito de estabilidad económica si me parece necesario, evitaría la comercialización del cuerpo femenino, lo que protege de cierta forma la dignidad, tanto de la mujer como del niño/a.

A pesar de todo, creo que existe una dificultad fundamental en uno de los requisitos que se exigen para la mujer gestante, "[…] no podrá tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes", resulta lógico pensar que si la realización de esta práctica depende del carácter altruista, la primera opción podría residir en la familia de los progenitores subrogantes, como lo son sus hermanos, sin embargo esto no estaría permitido de acuerdo con la propuesta de Ciudadanos, lo cual me hace dudar de si será posible la realización de la gestación por sustitución, cumpliendo todos los requisitos establecidos. La regulación que propone Ciudadanos impide que; en el caso de un matrimonio homosexual compuesto por dos hombres "A y B", si "B" aporta material genético no podrá ser la hermana de "A" quien geste en su vientre al menor.

Cabe destacar que para Ciudadanos, la gestación por sustitución no será una T.R.A. más, a la que poder acudir como primera opción. En el apartado segundo del artículo 4 de la Proposición de Ley establecen lo siguiente; "El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida". Esto no solo supone que tendrá un carácter excepcional, incluso residual como técnica reproductiva, sino que encarece y dificulta la posibilidad de llegar a ella, solo será accesible para quienes económicamente puedan permitirse agotar el resto de técnicas, y seguir intentándolo, con el importante gasto que ello

implica. De esta manera limitan los bolsillos que podrán acceder a su realización, acabando con esa imagen de "carácter altruista" que en un principio establecen.

Para analizar ese carácter altruista podemos acudir al artículo 5, en él se establece que solo cabrá una compensación de resarcimiento en favor de la gestante, esto podría ser objeto de debate, ¿donde quedará el límite que distinga entre un carácter lucrativo y la compensación por resarcimiento?, ¿realizarán una detallada descripción de los gastos que tendrán resarcir?. Todas esas cuestiones se resuelven en el apartado segundo del artículo, donde efectivamente se acota los límites de esa compensación, solo podrá abarcar gastos relativos a molestias físicas, desplazamientos, laborales, y los relativos a lucro cesante durante el proceso de gestación. A pesar de todo, en el artículo 25 aparecen las sanciones pecuniarias, diferenciando entre las leves, penalizadas con 1.000€, las graves cuya multa asciende hasta los 10.000€ y las muy graves incluso de 1 millón de €. Con carácter crítico podemos opinar que resultan verdaderamente altas tales sanciones, oscurecen la regulación de este tipo de técnica reproductiva, que en ningún caso debería tener tal intención recaudatoria. El mismo artículo de la proposición establece que estas sanciones se van a graduar, de acuerdo con el riesgo expuesto para la mujer gestante y el menor, por intencionalidad y por infracción o reincidencia.

Los artículos 6-8 señalan los requisitos, relacionados tanto con la salud de la mujer gestante, como con los padres subrogantes. La primera deberá someterse a exámenes médicos y psicológicos que demuestren que se encuentra en condiciones óptimas para la celebración del contrato, así como para vivir el proceso del embarazo. Además, estas pruebas médicas tendrán una caducidad, de manera que será obligatoria su renovación, con una duración máxima de un mes, se trata de asegurar la salud y condiciones en las que se realice el proceso del embarazo, sin embargo puede resultar extremadamente corta su duración, teniendo estas mujeres que renovar dichas pruebas cada treinta días, con las dificultades que esto puede ocasionarles.

El artículo 9 se dedica a la regulación del contrato que se va a originar fruto de esta relación, entre gestante y subrogantes. El contrato deberá formalizarse ante Notario, previo a la aplicación de cualquier T.R.A. tanto por la gestante[67] como por los subrogantes, el contenido mínimo del mismo se compone de; la identidad de los que intervienen en él, los conceptos por los que la gestante recibirá compensación económica, las T.R.A. que se van a emplear…etc. Sin embargo, no se hace ninguna referencia a como se van a certificar o demostrar las otras T.R.A., que la proposición de Ciudadanos determinó como requisito para poder acudir a la gestación subrogada, debiendo haberse agotado sin éxito, por lo que este requisito queda vacío de sentido.

***a) Determinación de la filiación por medio de la gestación subrogada:***

Llegado este punto pasamos al análisis de los artículos 11 y 12 de la Proposición de Ley, relevantes para este trabajo, ya que recogen la determinación de la filiación de los nacidos bajo el uso de esta técnica. Esta filiación se va a determinar de acuerdo con el C.C, en el apartado cuarto de este artículo 11 se detallan una serie de especialidades al respecto; no podrá establecerse un vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño/a resultante del embarazo, ni se reflejarán datos en el R.C. que puedan afectar al carácter de la generación. Con todo esto, Ciudadanos deja entrever su intención de que no exista vínculo ninguno con la mujer gestante, quieren verlo como una donación, en este caso no de óvulos, sino de útero. Es evidente que el menor necesitará tener claro quienes son sus progenitores, y para ello no debe haber conflicto o duda alguna en la filiación, entre los subrogantes y el papel de la madre gestante, que comienza con el embarazo, y termina cuando la criatura nace. Sin embargo, durante el proceso del embarazo, en esos 9 meses la mujer creará un vínculo con el menor que hay en su vientre, y por ello lo más razonable es pensar que se trate de alguien con una relación de amistad muy cercana a la pareja, o familiar de alguno de ellos (siempre de aquel que no

[67] Proposición de Ley el 8 de septiembre de 2017 reguladora del derecho a la gestación por subrogación
Artículo 6. Derechos de la mujer.
1. Toda mujer que cumpla los requisitos enumerados en el apartado 2 de este artículo, tiene derecho a gestar, sin aportar material genético propio, mediante un contrato de gestación por subrogación, con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes.

aporte material genético), pero como ya hemos visto; esto último no tiene cabida en la proposición de ley que presenta el grupo parlamentario Ciudadanos.

En aquellos países en los que la mujer recibe una contraprestación económica, puede resultar más posible imaginar que esto motive para engendrar un bebé, con el que luego no tendrán ningún tipo de vínculo o derecho. Pero, para los casos en los que deba ser de manera altruista, lo más común será que exista una previa relación entre gestante y subrogantes, algún tipo de cercanía o afectividad que sea suficiente para realizar esta técnica reproductiva favoreciendo a la pareja subrogante, de manera desinteresada.

Continuamos con la determinación de la filiación para estos casos; el progenitor subrogante que no haya aportado material genético podrá solicitar que se determine la filiación en su favor para el niño/a resultante de tal proceso, de acuerdo con la L.R.C..
Tras la formalización del contrato, los subrogantes no podrán impugnar la filiación del hijo o hijos consecuencia de la gestación, cuando a la gestante ya se le haya realizado la transferencia embrionaria. Conforme al artículo 45[68] de la L.R.C. serán los subrogantes los obligados a promover la inscripción en el Registro, aportando copia auténtica del

[68] Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil
Artículo 45. Obligados a promover la inscripción de nacimiento.
Están obligados a promover la inscripción de nacimiento:
1. La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios.
2. El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario.
3. Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.
4. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse.

contrato[69]. En los supuestos que recoge el artículo 5.5[70] de la L.T.R.H.A., revelar la identidad de la mujer gestante no supone en ningún caso determinación de filiación.

En los artículos 13 y 14 de esta Proposición de Ley encontramos reguladas determinados circunstancias que podrían ocurrir durante el proceso de gestación subrogada, dificultando así la determinación de la filiación del hijo o de los hijos resultantes:

1. La premoriencia de uno de los progenitores subrogantes:

En este caso no será posible determinar la filiación, o relación jurídica entre el progenitor fallecido y el niño/a resultante del proceso, a no ser que antes de fallecer se hubiese realizado la transferencia embrionaria, en tal caso si podría determinarse relación de filiación, siempre y cuando progenitor difunto hubiera prestado previo consentimiento en el contrato de gestación subrogada.

2. El fallecimiento de ambos durante el proceso de gestación:

---

[69] Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil
Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación.
"3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. […]

[70] Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
Artículo 5.5.
"La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.
Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.
Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes."

Si fallecen ambos subrogantes, el contrato de gestación subrogada mantendrá sus efectos a la hora de determinar su filiación, así como la obligación de su isncripción en el R.C., de acuerdo con el artículo 45; anteriormente mencionado, de la L.R.C.

***b) Registro Nacional de Gestación por Subrogación***

Durante la redacción de algunos artículos, como es el caso del 9 de esta Proposición de Ley, aparece El Registro Nacional de Gestación por Subrogación, pero no es hasta el artículo 15 cuando se detalla su función; estará adscrito al Registro Nacional de Donantes que aparece en el artículo 21[71] de la L.T.R.H.A., deberán inscribirse las mujeres que desean ser gestantes por subrogación, cumpliendo con los requisitos que la ley establece, y de la misma forma lo harán los progenitores subrogantes. Además, en este Registro van a constar los contratos que se formalicen para hacer uso de este tipo de técnica o proceso reproductivo. En cuanto a la manera de organización y funcionamiento del Registro, será el Gobierno quien lo determine; previo informe del Consejo Internacional del Sistema Nacional de Salud y de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, a través de Real Decreto.

Mientras que en otros países como Rusia, son agencias privadas quienes se encargan del registro de las mujeres que gestarán esos bebés, así como de asegurar que cumplimentan las pruebas médicas pertinentes[72].

***c) Registro de la filiación de un nacimiento en el extranjero mediante gestación subrogada:***

---

[71] Artículo 21 de la L.T.R.H.A. Registro nacional de donantes.
1. El Registro nacional de donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos.
2. Este registro, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las comunidades autónomas en lo que se refiere a su ámbito territorial correspondiente, consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. […].

[72] www.babygest.es. https://goo.gl/PtozRJ

Entre los muchos motivos que la proposición de Ley de Ciudadanos expone, para apoyar la regulación de esta técnica reproductiva, está la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y del Notariado. Por medio de esta se posibilita la inscripción en nuestro R.C. de una filiación reconocida por un Tribunal extranjero. Esto no hace más que dificultar la situación en nuestro país, en relación a la prohibición para los contratos de gestación subrogada, pues aquellas parejas, que quiera obtener descendencia mediante estas técnicas, acudirán a países donde sea legal para llevarlo a cabo y regresar a España para realizar la inscripción de menor.

No solo deja sin efecto la prohibición que pretende nuestro ordenamiento jurídico para los contratos de gestación subrogada, sino que además lejos de dar una solución a la población española les incitamos a acudir al extranjero para buscar soluciones a su problema. Actualmente es noticia en nuestro país[73] la situación en la que se encuentran más de una veintena de familias españolas, que acudieron a Ucrania para realizar el proceso de gestación subrogada, y ahora se encuentran atrapados allí. Las autoridades consulares españolas se han negado a tramitar la inscripción en el R.C. para estos bebés, ya que con la entrada en vigor; el pasado mes de mayo, de la nueva Ley de Protección de Datos de La Unión Europea, no puede realizar las pruebas de ADN, que acrediten que el padre que solicita la filiación del menor coincide con el biológico. Esta es la inseguridad a la que se enfrentan quienes acuden al extranjero para realizar estas prácticas. Esta situación no puede mantenerse mucho tiempo, es uno de los motivos que nos empujan a regular la gestación subrogada cuanto antes.

Es un problema que no solo aparece en esa Instrucción mencionada, sino que la misma Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 también favorece, afirmando que "los menores tienen derecho a tener los mismos padres

[73] https://goo.gl/BeFcGG "Decenas de familias españolas, atrapadas en Ucrania con sus bebés de "vientre de alquiler" Rescatado de *El Mundo* a 28 de agosto de 2018.

independientemente del país donde se encuentren". Resultando cada vez más evidente la necesidad de regular y acotar la gestación subrogada, en lugar de prohibirla.

### 2.2.2. Respuestas de otros partidos políticos

La situación actual de esta Proposición de Ley del grupo parlamentario Ciudadanos es de "Toma en consideración por el Pleno"[74]. En relación con la regulación de la gestación subrogada ha habido diferentes pronunciamientos por parte de nuestros representantes en los medios de comunicación; sin ir más lejos la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de Igualdad, del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Carmen Calvo realizó una entrevista para el periódico El País[75] el pasado 10 de junio de 2018, que inicia con el siguiente titular *"Los vientres de alquiler son la utilización del cuerpo de las mujeres más pobres"* lo que expone de manera evidente su negativa opinión a la regulación de estas técnicas, a la pregunta "¿Debe España regular los vientres de alquiler?", la respuesta fue la siguiente; "Tenemos la fuerza parlamentaria que tenemos. Hay una iniciativa de Ciudadanos que se tiene que debatir. Nuestra posición es clarísima. Se llaman vientres de alquiler y son una nueva utilización del cuerpo de las mujeres, una compraventa más. Y particularmente grave para nosotros porque usan el cuerpo de la mujer más pobre. Aquí no valen eufemismos con el lenguaje".

Por otro lado, Irene Montero la portavoz de Unidos Podemos se posicionó igualmente en contra de la propuesta de Ciudadanos, ofreciendo el siguiente titular "se trata de la mercantilización del cuerpo de la mujer". Así mismo, el Comité de Bioética de España, dependiente del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social e igualdad se colocaba en contra de la propuesta por encontrarlo contrario a la dignidad de la mujer y del niño. Finalmente, el portavoz de el portavoz del Partido Popular (PP) en el

[74] https://goo.gl/t3gkHL Página del Congreso de Diputados. Buscador de iniciativas (consulta de expedientes públicos) última visita 19 de julio 2018.

[75] https://goo.gl/Zwrxow Rescatado de *El País* a 10 de junio de 2018.

Congreso; Rafael Hernando, se posicionó absolutamente en contra de comercializar con el vientre de la mujer, pero que estudiaría la propuesta de Ciudadanos, para llegar a un debate[76].

Parece que todos los partidos políticos coinciden, haciendo incapié en su negativa a comercializar con la mujer. Sin embargo,considero que se trata de algo más que evidente, en un país democrático y de respeto a los derechos humanos como en el que nos encontramos, si verdaderamente estudiaran la propuesta del grupo parlamentario Ciudadanos podrían criticar diferentes aspectos, sin centrarse siempre en la mercantilización, pues de hecho la presentan con la única posibilidad de ser completamente altruista.

## 2.3. Regulación en el extranjero:

Después de ver la situación nacional con respecto a la Gestación Subrogada es necesario observar lo que ocurre fuera de nuestras fronteras, cómo se plantean esta realidad otros ordenamientos jurídicos, para nutrirnos del Derecho Comparado y lograr una mejor perspectiva jurídica acerca del asunto. A nivel mundial podemos encontrar dos posturas diferentes, por un lado los ordenamientos jurídicos que como España; hasta el momento, son restrictivos al respecto y por otro lado los ordenamientos permisivos. Dentro de este último grupo "distinguimos entre aquellos países donde la regulación es permisiva incluso con ánimo de lucro, frente a los que solo lo permiten de manera altruista y condicionada"[77] (siendo este el caso de la proposición planteada por el grupo parlamentario Ciudadanos).

### 2.3.1 Ordenamientos restrictivos:

La mayoría de Estados más restrictivos con esta práctica pertenecen a la Unión Europea, como es el caso de España, Alemania, Italia, Francia y Suiza. En nuestro país

[76] https://goo.gl/ogVvP6 Rescatado de *El País* a 28 de junio de 2017.

[77] OLAYA GODOY, M., *Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con material Humano Embrionario.* Editorial Dykinson, Navarra, 2014, pp. 294-321.

la prohibición está explícita en el artículo 10[78] de la L.T.R.H.A., por otra parte en Alemania esta práctica se considera contraria a las buenas costumbres y al orden público, estando incluso castigado con penas privativas de libertad hasta 3 años o multa para los partícipes[79]. Por su parte, el Parlamento Italiano publicó el día 19 de febrero de 2004 la Ley nº40 "*Norme in materia di proceazione medicalmente assistita"* en cuyo artículo 12.6[80] declara nulos los contratos relativos a gestación subrogada, sancionado con pena de prisión y multa a quienes realicen estas prácticas.

### 2.3.2 Ordenamientos permisivos de manera altruista:

A continuación, en relación con los ordenamientos jurídicos permisivos (de manera altruista y sujeto al cumplimiento de requisitos), tenemos países como: Brasil, Grecia, Inglaterra o Portugal, que además tienen la peculiaridad de exigir una previa autorización pública, ya sea por parte de un juez, tribunal o comité, para otorgar validez al contrato de gestación subrogada. En Brasil la Resolución nº1957 de 15 de diciembre de 2010 permite la gestación por sustitución para los casos en que exista un problema

---

[78]Artículo 10 de la L.T.R.H.A. Gestación por sustitución.
1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

[79] Ley de protección del embrión n. 745/90 del 13 de diciembre de 1990 de Alemania
Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.
1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:
1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;
4) Procediera a fecundar por transferencia de gamentos intratubaria más de tres óvulos en un mismo ciclo;
5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;
6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;
7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento. […]

[80] Ley nº40 *"Norme in materia di proceazione medicalmente assistita"* de Italia.
ART.12.- (Prohibiciones y sanciones generales) [...]
6. Quien, en cualquier forma, se da cuenta, organiza o publicita la comercialización de gametos o embriones o la subrogación de la maternidad es castigado con prisión de tres meses a dos años y con una multa de 600,000 a un millón de euros. [...]. (Reglas sobre procreación médicamente asistida 40, 2004).

médico que impida a la madre subrogante gestar por si misma su descendencia, y recalca la prohibición de que exista en esta técnica un carácter lucrativo o comercial. Como requisito establece una relación de parentesco de hasta un segundo grado entre la madre subrogada y la genética, de lo contrario deberán someterse a la autorización del Consejo Regional de Medicina[81].

La legislación griega[82] permite la gestación por sustitución con el requisito de una previa autorización judicial[83] del tribunal del lugar de residencia de los subrogantes y la gestante, y para que esto ocurra deberán cumplir con las siguientes condiciones[84] o requisitos; entre ellos destaca que la gestación subrogada únicamente será una posibilidad para matrimonios heterosexuales, en los que la mujer no tenga más de cincuenta años, y demuestre su esterilidad. Por lo tanto, las parejas homosexuales y las mujeres solteras reciben un trato discriminatorio por parte de la legislación griega. En relación con la determinación de la filiación, para los menores nacidos en Grecia, mediando un proceso de gestación por sustitución se genera una situación inestable e insegura, pues el poder judicial en Grecia no dicta sentencias de filiación en favor de los padres subrogantes, la autorización judicial que antes mencionamos; requisito indispensable para iniciar la intervención médica, no se pronuncia en relación con la filiación del menor. Cabe añadir, que la gestante puede desistir de su contrato ya

---

[81]FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento*…op.cit., p. 123

[82] Ley 3089/2002. Ley 3305/2005 en materia de reproducción asistida.

[83] Código Civil griego.
Artículo 1458:
"La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir"

[84] ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J., *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*, Cadernos de Dereito Actual nº6, 2017, pp. 313-344

iniciado el proceso; de tal forma que la filiación vendrá determinada por el parto natural[85], lo cual implica un importante peligro para los padres subrogantes.

En Portugal se han producido recientes cambios en la regulación de este tipo de técnica reproductiva. Gracias a la Ley 25/2016 de 22 de agosto[86], que modificó la anterior Ley 32/2006 es ahora posible hacer uso de la gestación subrogada o gestación por sustitución. Su finalidad es solventar el problema que afecta a las mujeres cuya situación médica les impide poder gestar en su cuerpo su propia descendencia, el empleo de la gestación subrogada se hará siempre respetando la dignidad de los subrogantes, de la gestante y del menor resultante. Además cabe destacar que será necesaria la autorización previa del Ministro de Sanidad[87].

A continuación, Reino Unido cuya ley en materia de gestación subrogada es la "Surrogacy Arragements Act" de 1985, cuya última modificación se realizó en 2008, establece los requisitos necesarios y las prohibiciones en relación con esta técnica reproductiva[88]. Este ordenamiento jurídico mantiene la prohibición de cualquier acto comercial en relación con la gestación subrogada, incluso mediante la imposición de sanciones correspondientes. De la misma forma que en España, se rigen por el principio romano "mater semper certa est", por lo tanto la filiación corresponde a la mujer que da a luz, sin embargo podrá transferirse a los padres subrogantes que lo soliciten ante los tribunales; y con un plazo de seis semanas de reflexión para la gestante tras el parto.

---

[85] https://goo.gl/pE9Ajh Última visita el 1 de agosto de 2018.

[86]Ley 25/2016 de 22 de agosto. Portugal reguladora del acceso a la gestación por sustitución. https://dre.pt/home/-/dre/75177806/details/maximized?print_preview=print-preview consultada el 1 de agosto de 2018.

[87] Ley 25/2016 de 22 de agosto. Portugal, reguladora del acceso a la gestación por sustitución https://dre.pt/home/-/dre/75177806/details/maximized?print_preview=print-preview consultada el 1 de agosto de 2018.
Artículo 5.
"1. Las técnicas de PMA, incluidas las realizadas en el marco de las situaciones de gestación de sustitución previstas en el artículo 8, sólo podrán ser administradas en centros públicos o privados expresamente autorizados a tal fin por el Ministro de Sanidad."

[88] Salgado S., *Maternidad subrogada en Reino Unido*, Babygest, 2017.

Parece una manera de evitar conflictos o posibles problemas a la hora de determinar la filiación, nunca en contra de la voluntad de la madre que da a luz, por lo que esa forma de transferir la filiación a los subrogantes, con el plazo necesario de reflexión de la gestante parece una buena solución para aplicar en España, reconociendo que sigue siendo madre natural quien da a luz, sin embargo queda en sus manos otorgar esa filiación.

**2.3.3. Ordenamientos permisivos de manera lucrativa.**

Finalmente, en cuanto a los ordenamientos jurídicos que son permisivos con esta técnica incluso cuando media el ánimo de lucro encontramos; Estados Unidos, Rusia y Ucrania entre otros. Estados Unidos es el país de referencia, un gran número de parejas acuden para tener descendencia por medio de esta técnica reproductiva, dada su liberal regulación. Sin embargo su legislación es dispar dependiendo del Estado. Podemos encontrar algunos en los que la legislación es completamente restrictiva para los contratos de gestación subrogada; como es el caso de Nueva York, Arizona, Utah o Nuevo México. Mientras que en Florida, Virginia, Nevada, California y otros estados si permiten este tipo de técnica reproductiva, algunos de manera altruista frente a la mayoría que acepta la finalidad lucrativa en estas prácticas.

Como hemos anunciado, a pesar de que en Rusia también se permite el empleo de estas técnicas (con ánimo de lucro), su aplicación tiene ciertas limitaciones; solo será posible para parejas heterosexuales, y mujeres solteras, lo cual resulta diferenciador e injusto, las parejas homosexuales recibirán menos posibilidades, un trato discriminatorio en la legislación.

A modo de ejemplificar más la visión acerca de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico Ruso podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[89] Sala 2º de 24 de enero de 2017, nº25358/2012, el caso

[89] En adelante -T.E.D.D.H.H.-

"*PARADISO Y CAMPANELLI CONTRA ITALIA"*[90], que supuso un gran cambio en la doctrina aplicada por el T.E.D.D.H.H. hasta el momento[91]. Volvemos ahora al último país del que haremos mención; Ucrania, que se encontraba dentro del bloque de aquellos donde la gestación subrogada no solo se permite, sino que cabe su realización con ánimo de lucro. La maternidad subrogada queda regulada en su Código de Familia (concretamente en el artículo 123.2), así como en la Orden 771 del Ministerio de Salud.

## 3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL

A raíz de analizar esta materia, tanto en la reproducción asistida como más concretamente en la gestación subrogada, podemos apreciar que la mayor parte de los problemas se producen como consecuencia de que los ciudadanos de países más restrictivos al respecto, acuden a otros Estados donde si se regula la gestación subrogada, para posteriormente trasladarse de nuevo a su residencia con su descendencia e inscribirla en el Registro con la documentación extranjera. Esto es lo que se conoce como "turismo reproductivo" o "Cross-border reproductive care"[92].

A continuación veremos como los Tribunales de España han tratado, o se han enfrentado a los conflictos provocados por la prohibición al respecto de esta técnica reproductiva (gestación subrogada).

La vuelta a "casa" de los españoles, que han realizado un contrato de gestación subrogada en el extranjero, es el detonante de un gran número de problemas que se van originando con el desarrollo de la vida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, comenzando por el momento de la inscripción en el R.C.. Ejemplo de ello es la **Sentencia del T.S. Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014, nº 247/2014:**

---

[90] FARNÓS AMORÓS, E., "*Paradiso y Campanelli contra Italia (II) los casos difíciles crean mal derecho"*. Barcelona, 2016, p. 23

[91] En el Anexo II de este trabajo encontrarás un comentario acerca de esta sentencia y su pronunciamiento.

[92] FARNÓS AMORÓS, E., "European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting" (última consulta 6 de agosto de 2018) https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226135/307708

El problema gira entorno a una solicitud de inscripción registral extranjera, desde California, donde un matrimonio ha tenido descendencia mediante un contrato de gestación subrogada. Posteriormente acuden al responsable del Consulado español en California pero este les deniega la inscripción, tras conocer Audiencia Provincial de Valencia, respondiendo también de manera negativa, finalmente el Tribunal Supremo en casación esclarece los acontecimientos; entendiendo que tal filiación era contraria al orden público español, pues los contratos de gestación subrogada no tienen efecto en España, son nulos, entendiendo por lo tanto que la madre biológica es la que ostenta también la filiación[93].

De la misma forma que la inscripción en el R.C., de los niños nacidos por contratos de gestación subrogada, plantea un conflicto jurídico para nuestro ordenamiento, lo mismo ocurre con las prestaciones por maternidad, como podemos ver en la **Sentencia del T.S. Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016, nº881/2016:**

Esta situación gira en torno a un padre biológico de dos niñas, nacidas por medio de un contrato de gestación subrogada en Nueva Delhi, que solicita la prestación por paternidad y sin embargo el Instituto Nacional de Seguridad Social deniega. Podríamos plantearnos en este caso una discriminación, hacia aquellos nacidos mediante estas técnicas, el T.S. acudió a diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[94], que resolvían conflictos similares en Irlanda o Reino Unido. Finalmente el T.S. comprendió que la jurisprudencia del propio T.J.U.E. no cerraba la puerta a que cada Estado, con su propia regulación al respecto de la gestación subrogada (prohibida en nuestro caso), determine si atenderá positiva o negativamente a la petición de esa prestación por maternidad o paternidad[95].

Sin embargo, en el año 2016, la **Sentencia del T.S. de la Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, nº953/2016** provoca un cambio doctrinal verdaderamente importante, resolviendo positivamente las peticiones de prestaciones por maternidad,

[93] En el Anexo IV encontrarás un comentario más completo sobre esta sentencia.

[94] -En adelante T.J.U.E.-

[95] En el Anexo V del trabajo encontrarás un comentario más exhaustivo de esta sentencia.

derivadas de un contrato de gestación subrogada. Dejando a un margen la ilegalidad, dentro de las fronteras de nuestro país, los contratos de gestación por sustitución para centrarse en la atención que los menores requieren[96].

## 4. CONCLUSIONES:

Llegados al término de este trabajo, que se encuentra dividido en dos partes; por un lado la determinación de la filiación mediante el uso de las T.R.A., y por otro lado la gestación subrogada. Parece necesario realizar unas reflexiones finales para cada tema a tratar, o dar posibles soluciones a la problemática con la que nos enfrentamos.

### Determinación de la filiación mediante las T.R.A.

Es evidente que las T.R.A. como sabemos, amplían generosamente el abanico de posibilidades reproductivas en nuestros tiempos, lo que implica además la creación de un tipo de filiación distinta a las convencionales; como son la natural o la adoptiva. Para el caso de las T.R.A. el papel fundamental que determina la filiación no es la realidad biológica, sino que por encima de ello está la voluntad de los progenitores. Esto puede generar una menor seguridad jurídica, o estabilidad a la hora de determinar la filiación ya que se podrá ver afectada por impugnaciones, que se fundamenten en la realidad biológica, no acorde con la filiación.

Por otra parte, a modo de crítica para la L.T.R.H.A., considero necesario destacar cierta discriminación en relación al artículo 7.3, de cara a las parejas homosexuales formadas por mujeres, a pesar de su inclusión para determinar la filiación por medio de estas técnicas, solo será posible en caso de estar casadas, lo cual excluye de manera discriminatoria aquellas parejas de hecho formadas por dos mujeres. Es evidente, de acuerdo con declaraciones del T.C., que la filiación no matrimonial merece los mismos derechos que la matrimonial, por lo que será necesario; en este aspecto, una modificación de la L.T.R.H.A..

[96] En el Anexo VI del trabajo encontrarás un comentario más exhaustivo de esta sentencia.

Otro aspecto a valorar la determinación de la filiación mediante las T.R.A., es aquellas en las que participan donantes anónimos, y los posibles conflictos que esto puede generar. La propia L.T.R.H.A. consagra el anonimato para los donantes de material genético, en reproducción asistida, no permitiendo acceder a su identidad salvo en casos muy concretos, sin embargo todo esto entra en contradicción con el derecho de cualquiera a conocer su propio origen, sin embargo el artículo 5.5 de la Ley que mencionamos imposibilita que esto llegue a suceder, pues no se determina la filiación en favor de donante. Sería posible, por lo tanto, pensar que esto llegue en algunos casos a afectar en el desarrollo de algunos menores, el desconocimiento de sus orígenes biológicos.

Para concluir, quiero hacer mención a la ausencia; en la propia L.T.R.H.A., de un régimen de acciones de filiación, esto hace necesario acudir al régimen de acciones establecidas en el C.C., pero su finalidad no elaborada para estos casos genera distintos problemas, poniendo de manifiesto la verdad biológica para determinar una filiación, o destruir una contraria a esta verdad. Es evidente que en el uso de las T.R.A. donde; como comentábamos antes pueden haber donantes anónimos, la verdad biológica puede no coincidir con la filiación, pero ello no quita veracidad a la voluntad de quienes verdaderamente son los progenitores, o progenitor/a. Sería positivo un régimen de acciones para la filiación por medio de T.R.A. donde prevalezca el consentimiento prestado y la voluntad de los que buscaban descendencia.

## Gestación Subrogada

Desde mi punto de vista, la legislación actual que prohibe el ejercicio de la gestación subrogada, o gestación por sustitución, no es más que una venda que nos tapa los ojos ante la realidad actual, y cada vez más evidente necesidad de regularlo, pues se trata de un fenómeno en plena expansión.

La gestación subrogada es una posibilidad, que tras las fronteras de nuestro país es legal, por lo que nuestros representantes deberán afrontar tarde o temprano la tarea de regularlo. Si los modelos que adoptan otros países no son de nuestro agrado, o creemos

que contradicen nuestros principios, cuestionan nuestra moral o los derechos que protegemos, la solución no será negar lo evidente, sino cambiar aquello que no corresponde con nuestros principios para adaptarlo y mejorarlo, mejorando así la calidad de vida.

Considero que los contratos de gestación por sustitución suponen un gran cambio para nuestro ordenamiento jurídico, comparto también la idea de no permitir la comercialización con algo tan natural como es la creación de vida. No apoyaría una regulación que posibilite el lucro mediante estas técnicas, pero si lo haría por una regulación que la establezca como última posibilidad, después de las otras T.R.A. y la adopción, siempre de manera altruista, para aquellas personas que teniendo el deseo de ser padres no cumplan con la infinidad de requisitos necesarios para adoptar, y tampoco sean aptos para realizar las costosas técnicas de reproducción asistida, o hayan agotado las mismas.

Si lo que pretendemos es evitar convertir el cuerpo de la mujer en un objeto de libre-comercio, algo tan antinatural como la compra de un útero, lo mejor para luchar contra esto; que esclavizaría a la mujer, es una regulación en nuestro propio ordenamiento jurídico, que evite a quienes quieran hacer uso de la misma, acudir al extranjero donde puede que si se encuentren con malas praxis en esta técnica, donde quizás las mujeres que lo realizan lo hagan por necesidad económica, como si de un trabajo más se tratase. Poner soluciones acordes a los derechos que proteges en tu Estado consigue frenar; de cierta forma, la proliferación de esta técnica como un contrato de servicios que atente contra la dignidad de la mujer, del niño y en general de la vida.

También llego a comprender el argumento de que estas técnicas no funcionan de manera altruista, sin embargo, considero que sí funcionaría si lo regulásemos de manera que quedase acotado a un grupo muy reducido de personas; familiares y amigos, debería ser posible el vínculo de consanguinidad entre la madre gestante y aquella persona de la pareja que no aporte material genético, de manera que no sea una técnica fría en la que la mujer que gesta en su vientre esta nueva vida, tras dar a luz se convierta en alguien

que no existió, con la que simplemente realizaste un contrato de servicios que ha llegado a su término. Su expresión más natural sería la de una pareja homosexual, formada por dos hombres, que acuden a la hermana de uno de ellos para que geste en su vientre su descendencia.

Todo esto puede parecernos extraño, antinatural o un problema para aquellos que nazcan mediante estas técnicas, pero de la misma forma que la regulación de las T.R.A. en su momento fue objeto de un gran debate y fuertemente cuestionado, quizás lo mismo ocurra con la gestación subrogada. Sabemos que el derecho siempre va por detrás de la sociedad, entonces ¿por qué no plantearnos si esto tendría cabida en nuestro ordenamiento?.

Si tras muchos debates, opiniones y reflexiones desde las distintas vertientes políticas, resultara inviable su regulación a día de hoy deberíamos plantearnos una modificación de la adopción, y los muchos requisitos que le son exigidos a los futuros padres. A pesar de todo, la globalización y la importante cantidad de derecho internacional que hoy en día nos afecta, implica de cierta forma que si muchos países comienzan a admitir y favorecer esta técnica, tarde o temprano tengamos que hacerlo, de lo contrario seguirá existiendo ese "turismo reproductivo" en busca de soluciones al extranjero.

## 6. BIBLIOGRAFÍA:

Libros, publicaciones y revistas:

- LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Ley 14/2006, de 26 de mayo) Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- GARCÍA PRESAS, I., *El derecho de la familia en España desde las últimas reformas del Código Civil.* Publicado en Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas Siglo de Oro (e Hispanismo general) Publicaciones del GRISO/ Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado* V. II. Editorial Comares, Granada 2008.

- FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida,* Editorial Atelier, Barcelona, 2011.
- Dr. RODRÍGUEZ YUNTA, P.E., Revista Chilena de Derecho, "Derechos del cigoto desde una perspectiva biológica y metafísica", Chile, 2001.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares, Granada, 2012.
- ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J., *La maternidad subrogada en el Derecho comparado, Cadernos de Dereito Actual nº6*, 2017.
- OLAYA GODOY, M., *Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con material Humano Embrionario*. Editorial Dykinson, Navarra, 2014.
- FARNÓS AMORÓS, E., "Paradiso y Campanelli contra Italia (II) los casos difíciles crean mal derecho" Barcelona, 2016.
- MONTERONI, J., "Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" 2015.

Charlas:

- ROMEO CASABONA, C.M., *Gestación Subrogada* Charla en la Facultad de Medicina el 17 de marzo de 2018.
- Diarios online:

  - El apellido del padre deja definitivamente de tener preferencia en España desde el próximo 30 de junio. A 30 de mayo de 2017. Recuperado de www.europapress.es https://goo.gl/B76Zv4 .
- Louise Brown, la primera "niña probeta", da a luz un niño concebido de forma natural. Londres 16 de enero 2007. Recuperado de https://elpais.com.
- "De dónde surgió la política de hijo único en China y qué consecuencias ha tenido" 30 de octubre 2015. magnet.xataka.com .
- ¿Por qué es tan difícil adoptar en España? Un calvario para padres y niños. A 13 de mayo de 2018. Recuperado de www.libremercado.com https://goo.gl/qgxDDU
- https://goo.gl/Zwrxow Rescatado de El País a 10 de junio de 2018.

- https://goo.gl/ogVvP6 Rescatado de El País a 28 de junio de 2017.
- "La reproducción asistida de solteras y lesbianas, financiada en 2019". Viernes 6 de julio de 2018. Recuperado de https://goo.gl/x9GQ91.
- "Decenas de familias españolas, atrapadas en Ucrania con sus bebés de "vientre de alquiler" Rescatado de El Mundo a 28 de agosto de 2018 https://goo.gl/BeFcGG.

Páginas web e instituciones:

- Diccionario Jurídico de la Real Academia Española.
- Técnicas de Reproducción Asistida. www.reproducciónasistida.org https://goo.gl/Gcjisy última visita 20 de mayo.
- Proposición de Ley 8 de septiembre de 2017 reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Exposición de motivos III. Recuperado de www.congreso.es https://goo.gl/TrebCD .
- www.babygest.es. https://goo.gl/PtozRJ
- Página del Congreso de Diputados. Buscador de iniciativas (consulta de expedientes públicos). Última visita 19 de julio 2018. https://goo.gl/t3gkHL
- "Quiero ser madre aunque no tengo pareja" 14 de Febrero, 2018 https://goo.gl/zZiFXH . Última visita 30 de agosto 2018.

Resoluciones y sentencias:

- Sentencia del T.S., Sala de lo Civil de 17 de febrero de 2015 nº 76/2015
- Sentencia del T.S., Sala de lo Social de 25 de octubre de 2016 nº 881/2016
- Sentencia del T.S., Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014 nº 247/2014
- Sentencia del T.E.D.D.H.H Sala 2º de 24 de enero de 2017, nº25358/2012, el caso "PARADISO Y CAMPANELLI CONTRA ITALIA"
- Sentencia del T.S., Sala de lo Civil de 27 de mayo de 2004 nº 453/2004
- Sentencia del T.S., Sala de lo Civil de 18 de enero de 2012 nº 997/2011
- Sentencia del T.S., Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2016 nº 953/2016

# 6. ANEXOS

## Anexo I:

**Sentencia del T.S. Sala de lo Civil de 18 de enero de 2012 nº 997/2011:**

Los hechos son los siguientes: Visitación y Esmeralda mantuvieron una relación de afectividad hasta el año 2006, el 14 de septiembre de 2003 Esmeralda da a luz a Tatiana mediante el uso de T.R.A., cuando ambas compartían aún una vida de pareja, pero a pesar de que iniciaron los trámites del expediente matrimonial; Visitación y Esmeralda nunca llegaron a contraer matrimonio.

Esta sentencia resuelve la demanda que plantea Visitación; inicialmente ante el Juzgado de Primera Instancia, contra Esmeralda. Sus pretensiones eran; que se determinara mediante sentencia la filiación no matrimonial de Visitación hacia Tatiana, así como la inscripción de la menor en el R.C., que se acordasen medidas materno-económicas definitivas y que se modificara; tanto la patria potestad de la menor, como el régimen de visitas y custodia. Visitación alegó malos tratos de Esmeralda hacia la menor, sin pruebas suficientes.

Sin embargo, el Tribunal entendió que Visitación no estaba legitimada para ejercer ningún tipo de acción relacionada con la filiación de la menor; Tatiana. De acuerdo con lo establecido en el C.C. la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 108 del C.C.[97]. Además, los artículos 7.3[98] y 3 de la L.T.R.H.A. establecen que deberán estar ambas casadas para que tal filiación pueda determinarse.

---

[97] Artículo 108 del C.C:
"La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.
La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código."

[98] Artículo 7.3 de la L.T.R.H.A.
"3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge."

Se trata de un trato discriminatorio para las parejas homosexuales formadas por dos mujeres, sin embargo el Tribunal consideró que no es mas que un tema de legalidad, por lo que desestimó las pretensiones de Visitación.

## Anexo II:

**Sentencia del T.E.D.D.H.H. Sala 2º de 24 de enero de 2017, nº25358/2012, el caso "PARADISO Y CAMPANELLI CONTRA ITALIA"**

Una matrimonio italiano por cuestiones de infertilidad deciden acudir a Rusia, para celebrar allí un contrato de gestación por sustitución mediante una empresa, puesto que en Italia esto no es legal. La empresa rusa se encarga de buscar una mujer compatible para concebir al niño que nace en febrero de 2011 mediante la fecundación in vitro; esto quiere decir que un óvulo de una donante, junto con el gameto masculino del progenitor fueron fecundados de manera externa al cuerpo de la mujer gestante, para posteriormente ser implantados en la misma y continuar el proceso de embarazo. Después de su nacimiento y con el correspondiente certificado de las autoridades rusas, así como el consentimiento inequívoco de la mujer gestante, el niño es inscrito en Rusia como hijo de los cónyuges italianos. El conflicto sucede a la hora de pedir al consulado italiano en Moscú la documentación necesaria para volver a Italia con el menor, siendo denegada por entender falsedad en la primera inscripción del niño ya que no se hizo mención alguna al contrato de gestación por sustitución (prohibido en Italia). Entonces se abre un procedimiento penal contra los cónyuges italianos por falsificación documental, alteración de la filiación y contravenir el procedimiento de adopción internacional. En agosto de ese año 2011 los tribunales italianos deciden realizar un test de ADN al niño, para comprobar la relación con los que decían ser sus progenitores, siendo este de resultado negativo, y es que la empresa rusa cometió un error y empleó gametos de otro donante, por ello al no existir vínculo genético entre el padre y el niño, este, sin identidad para la legislación italiana, se encuentra en situación de desamparo.

Finalmente la fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicitó la retirada del menor, puesta a disposición de los servicios sociales y la apertura del procedimiento de adopción.

En 2013 el menor resulta adoptado por otra familia con un nuevo nombre. Los progenitores iniciales quieren recuperar al niño por cualquier medio, pero las autoridades italianas lo impiden, es entonces cuando los cónyuges acuden al T.E.D.D.H.H. alegando la violación de artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[99].

El primer pronunciamiento[100] tiene fecha del 27 de enero de 2015, Sala 2ª T.E.D.D.H.H., este consideró desproporcionada la actuación de las autoridades italianas, entendiendo que si existía tal violación del artículo 8 del C.E.D.H., una violación de respeto a la vida privada y familiar por una extrema injerencia prevaleciendo el interés superior del menor[101], que solo justificaría la remoción del niño de su familia en situaciones de emergencia. En un primer momento el argumento principal que defendió

---

[99] Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En adelante -C.E.D.H.-
"Derecho al respeto a la vida privada y familiar
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

[100] MONTERONI, J., "Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" 2015, p. 275.

[101] Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan
las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación de una supervisión adecuada."

el T.E.D.D.H.H. en favor de los progenitores iniciales del niño, fueron esos primeros meses de vida que compartieron existiendo por tanto una vida familiar de hecho, así como la violación del artículo 8 ya mencionado. Por su parte, las autoridades italianas alegaban la prohibición en su ordenamiento de la gestación subrogada, por lo que se trataba de una situación ilegal a la que tenían que poner fin ya que tolerarla podría ser equivalente a legalizarla, y generar una cierta aceptación parcial e inseguridad jurídica en un futuro.

Ese pronunciamiento fue por lo tanto objeto de recurso por el Gobierno italiano ante la Gran Sala; conforme al artículo 43 del C.E.D.H.[102]. Finalmente el pronunciamiento del T.E.D.D.H.H. el 24 de enero de 2017 consideró que la actuación de las autoridades italianas no constituían una violación del artículo 8 del C.E.D.H., sino el legítimo ejercicio de las facultades del Estado italiano, que se fundamenta en el orden público internacional para rechazar la filiación que había sido legalmente establecida en el extranjero, pero para hacerla valer en un ordenamiento donde está prohibida la gestación subrogada.

## Anexo III

**Sentencia del T.S. Sala de lo Civil de 27 de mayo de 2004 nº 453/2004:**

La sentencia que nos ocupa resuelve una cuestión acerca de la impugnación de la filiación no matrimonial, que ejercita el padre sobre el menor de edad, que reconoció antes de su matrimonio, conociendo que la realidad biológica no coincidía con esta

[102] Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. […].

filiación. El Tribunal interpreta que el artículo 140 del C.C.[103]; referido a la filiación no matrimonial, es de aplicación para el caso, dado que el hijo reconocido lo fue con anterioridad al matrimonio de la pareja. El demandante explicó que su reconocimiento había sido de mera complacencia, pues la mujer con la que se casó lo estableció como requisito para llevar a cabo el matrimonio, lo cual vicia el mismo reconocimiento así com los artículos 140, 141[104] en relación con el 138[105] del C.C., pues ahora que se ha separado legalmente de su mujer queda todo sin efecto.

Finalmente declaran haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, revocando las anteriores resoluciones; tanto en Primera Instancia, como en Audiencia Provincial, declarando la nulidad del reconocimiento de paternidad biológica del menor y cancelando la inscripción registral del apellido paterno.

Para el Tribunal parece, por lo tanto, prioritaria la verdad biológica frente a las estipulaciones civiles. Estas y otras muchas sentencias generan una situación de inseguridad jurídica, y poca estabilidad para el reconocimiento de todas aquellas filiaciones que no sean coincidentes con la realidad biológica, una ventana abierta que da paso a saltarse todo lo que el C.C. determina, de manera que sea fácilmente

---

[103] Artículo 140 del C.C.
"Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.
Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.
Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o de recobrar capacidad suficiente a tales efectos."

[104] Artículo 141 del C.C.
"La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año."

[105] Artículo 138 del C.C.
"El reconocimiento y demás actos jurídicos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial o no matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento según lo dispuesto en el artículo 141. La impugnación de la paternidad por otras causas se atendrá a las normas contenidas en esta sección."

impugnable aquello no coincidente con la naturaleza del nacimiento. Sin embargo, en muchas ocasiones la biología no da más sentido que la propia voluntad de los progenitores, la cual no debería ser tan voluble como en este caso, sobretodo cuando se trata de algo tan importante como la filiación de menores.

## Anexo IV:

**Sentencia del T.S. de 6 de febrero de 2014 nº 247/2014.**

Todo comienza con una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado el 18 de febrero de 2009, que se dicta a raíz de una solicitud de inscripción de una certificación registral extranjera, más concretamente de California[106]. El responsable del R.C. Consular denegó la inscripción de los menores de acuerdo con la Ley de T.R.A., a causa de ello el matrimonio interpuso un recurso contra el auto del responsable, que resultó estimado por la Dirección General del Registro del Notariado[107], entendían que la certificación registral cumplía con todos los requisitos para ser inscrita, que además no era necesaria sentencia que señalara la filiación de los menores y que todo ello respetaba el orden público internacional. Es el Ministerio Fiscal quien procede a impugnar la resolución en el año 2009, esto generó la sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia de Valencia el 15 de septiembre de 2010, confirmada posteriormente en la Audiencia Provincial de Valencia a 23 de noviembre de 2011 dictaminando; en ambos casos, que la resolución de la D.G.R.N. de 2009 era nula, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de T.R.A. de 2006, al ser objeto de un contrato de gestación subrogada, considerado nulo a plenos efectos en nuestro ordenamiento, deja sin validez la filiación del menor, otorgando maternidad únicamente a la madre que dio a luz.

En conclusión la certificación registral extranjera no podía desarrollar efectos en nuestro país y tampoco ser inscrita en nuestro R.C.. A consecuencia de todo lo sucedido, la D.G.R.N. emite una Instrucción el día 5 de octubre de 2010, en ella señala que para

[106] Donde, como ya sabemos se permite la gestación subrogada incluso con ánimo de lucro.

[107] En adelante -D.G.R.N.-

inscribir una certificación registral extranjera, derivada de un contrato de gestación subrogada en España, será necesario aportar ante las autoridades una resolución judicial extranjera que confirme la filiación que quiere ser inscrita.

El matrimonio interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, llegando por lo tanto a manos del T.S., que con la sentencia de 6 de febrero de 2014 deja claros los siguientes puntos al respecto:

1. Que la problemática no se fundamenta en el artículo 10 de la L.T.R.H.A. como aseguran las sentencias de Valencia.
2. En segundo lugar que no será de aplicación para el caso el artículo 9.4 C.C[108] como entiende la D.G.R.N.
3. Desmonta también el requisito de la resolución judicial extranjera que establece la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia.
4. Que en ningún caso se trata de una discriminación por sexo u orientación sexual que vulnere el artículo 14 de la Constitución Española, sino que el único motivo es el contrato de gestación subrogada considerado nulo en España.
5. Y finalmente, que el único requisito necesario para que la inscripción registral extranjera se realice será que esta no vulnere el orden público internacional.

Para el caso que nos ocupa el T.S. entendió que si vulneraba el orden público internacional español, y que esto anulaba los efectos jurídicos en nuestro país. Ese contrato de gestación subrogada por el que la madre biológica renuncia a la filiación del menor es contrario con las normativa de nuestro ordenamiento jurídico, además de incompatible con la dignidad de la persona, la integridad moral y la protección de la infancia.

---

[108] Artículo 9.4 C.C.
"4. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5."

## Anexo V:

**Sentencia del T.S. Sala de lo social número 881/2016 de 25 de octubre:**

Esta sala conoce del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social[109]. El 31 de octubre de 2013 el demandante reclamó al I.N.S.S. prestación por maternidad, por el nacimiento de sus dos hijas que fue denegada inicialmente. Interpuesto el recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia el 15 de septiembre de 2015 donde expone "Estimamos el recurso de suplicación que formula D. Juan Enrique, contra la sentencia del juzgado social 3 de Mataró, […] seguidos a instancia de aquel contra le I.N.S.S., […] debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos y estimando la demanda, reconocemos la prestación de maternidad, y condenamos al I.N.S.S. al abono del 100% de la base reguladora de 3.425.70€ al mes, por 18 semanas al tratarse de parto múltiple y además el correspondiente subsidio especial por cada hijo menor acogido […]". Ante este pronunciamiento la letrada y representante del I.N.S.S. formuló recurso de casación.

En este caso el debate se encuentra en el origen de la filiación de sus hijas, el demandante es el padre biológico de ambas niñas, fruto de un contrato de gestación por sustitución realizado en Nueva Delhi, y estas se encuentran inscritas en el R.C. del Consulado de España allí. La cuestión que suscita es si la "maternidad subrogada" es una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social, concretamente de quien ha instado este método reproductivo y consta como padre biológico en el R.C.. Parece necesario resolver el caso a tenor de dos sentencias del T.J.U.E. que tratan este posible derecho a percibir prestaciones de maternidad en casos de maternidad subrogada.

En primer lugar la sentencia del T.J.U.E. de 28 de marzo de 2014, que aborda el problema derivado de la normativa nacional de Reino Unido, que también deniega el permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que ha

[109] En adelante -I.N.S.S.-

tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede estar en periodo de lactancia del mismo. En su caso la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, en relación con las medidas de seguridad y salud en el trabajo para la embarazada, no obliga a que los Estados miembros confieran el permiso de maternidad a la subrogante. Posteriormente es la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, en aplicación de principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, señala que no constituye una discriminación de sexo en absoluto. En segundo lugar la sentencia T.J.U.E. de 18 de marzo de 2014, que resuelve un problema similar de una trabajadora en este caso irlandesa, quien también solicita la prestación por maternidad subrogada recibiendo una respuesta negativa.

En atención a la jurisprudencia precedente del T.J.U.E., la sentencia española que nos ocupa entienden que las prestaciones de maternidad cuando media filiación por contrato de gestación subrogada no puede ampararse en el Derecho de la Unión Europea, ya que el Derecho de la Unión Europea no brinda respuesta positiva para este problema. Sin embargo, nuestros Tribunales entienden que las directivas europeas no cierran las puertas a que cada Estado establezca su propia regulación, de forma que pueda responder de manera favorable estos problemas, pero nunca estarán obligados a dar tales prestaciones.

Para las normas de la Seguridad Social lo decisivo a la hora de otorgar las prestaciones por maternidad está en la concurrencia de un doble dato o requisito; el primero es el acontecimiento familiar y el segundo es el derecho laboral reflejo, sin embargo la maternidad subrogada no aparece expresamente contemplada por la Ley General de la Seguridad Social[110], dentro de las situaciones protegidas por la prestación de maternidad, podríamos entender con ello que el listado tiene un carácter "numerus calusus", o que los menores hijos de padres subrogados tienen un trato peyorativo que

[110] En adelante -L.G.S.S.-

resulta incompatible con el art. 14 de la C.E.[111] Por otra parte, a pesar de denominarse "prestación por maternidad" no solo cubren a la madre biológica, sino a la persona que asume al progenitura biológica o similar. A pesar de todo, las leyes de nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente el C.C. establece la nulidad de cualquier contrato relacionado con la gestación subrogada, por medio de cual una mujer se obliga a renunciar a la filiación materna a favor de su contratante, sin embargo estiman que existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas. En el caso de que el solicitante de las prestaciones por maternidad, asociadas a una gestación por subrogación, sea el padre biológico y registral de las menores existen poderosas razones adicionales para conceder las prestaciones sociales que solicita.

## Anexo VI:

**Sentencia del T.S. Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2016 nº 953/2016:**

Esta sentencia significó un importante cambio en la doctrina del T.S., pues es la primera vez que el Tribunal reconoce la gestación por sustitución como una situación protegida por la prestación de maternidad. El T.S. no solo da la razón a las solicitantes de tales prestaciones; que habían tenido descendencia por medio de esta práctica en el extranjero, sino que además entiende que debe hacerse una integración de las normas aplicadas de la jurisprudencia del T.E.D.D.H.H., junto con otros preceptos constitucionales, legales y reglamentarios. No se trata de una actitud de fraude a la legalidad de nuestro ordenamiento, pues lo que predomina es la atención que los menores deben recibir de sus progenitores, quedando al margen la prohibición de la gestación subrogada en España, así como los problemas que plantea su inscripción registral.

---

[111] Artículo 14 Constitución Española.
"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

T.S.: “La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato”.

Esta sentencia, y este importante cambio doctrinal, dejan entrever una vez más la necesidad imperante de regular la situación, para generar mayor seguridad jurídica y protección de cara a los menores fruto de gestación subrogada.